

El Régimen de participación

SUMARIO: I. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica.—II. Administración, goce y disposición de los bienes.—III. Remisión a las normas del de separación de bienes.—IV. Régimen de los bienes comunes.—V. Extinción.—VI. Causa específica de extinción.—VII. Determinación de las ganancias.—VIII. Patrimonio inicial.—IX. Patrimonio final.—X. Créditos entre cónyuges.—XI. El haber partible y el derecho de participación.—XII. Modos de hacer efectivo el derecho de participación.—XIII. Inexistencia o insuficiencia de bienes en el patrimonio deudor.—XIV. Conclusiones.

I. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA JURIDICA

Artículo 1.411: En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

A) CONCEPTO

De la combinación armónica de los artículos 1.411, 1.412, 1.427 y 1.428 se deduce dicho concepto, que puede exponerse así:

Es el de participación un régimen económico matrimonial de origen voluntario que, durante su vigencia, atribuye a los cónyuges la administración, disfrute y libre disposición de los bienes de que sean titulares, y al extinguirse, derecho a participar en las ganancias obtenidas por cada uno de ellos por dos vías: la una, indirecta, por compensación en cuanto a la cantidad concurrente, y la otra, directa, por nacimiento de un derecho de crédito, a pagar en dinero y de forma inmediata, a favor del cónyuge que haya visto menos incrementado su patrimonio, y consistente, normalmente, en la mitad de la diferencia entre las ganancias propias y las del otro cónyuge.

B) CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA

Del concepto que acabamos de exponer se deducen aquéllos, de los que, a su vez, se desprenden las analogías y diferencias que presenta con los otros dos regímenes que regula el Código y que configuran su propia naturaleza jurídica.

Por lo pronto, el régimen de participación sólo puede nacer del pacto en capitulaciones matrimoniales, salvo la limitada y parcial aplicación de sus normas, puramente liquidatoria, derivada del derecho de opción que concede el artículo 1.395 al cónyuge inocente para el supuesto de extinción del de gananciales por nulidad del matrimonio mediante mala fe del otro cónyuge, precepto que más adelante examinamos en el apartado V (1).

Por otro lado, durante su vigencia, se desenvuelve y comporta como el de separación al atribuir a cada cónyuge el artículo 1.412 (paralelo al 1.437) la administración, goce y libre disposición de sus bienes.

Las diferencias que separan a uno y otro se ponen plenamente de manifiesto al extinguirse, pues el cónyuge menos favorecido, generalmente el que presta su trabajo para la casa, que, por ello mismo, ahorra gastos al hogar familiar y tiene disminuidas normalmente sus posibilidades de incrementar su propio patrimonio, ve corregida la injusticia que ello supone a través de la participación en las ganancias obtenidas por el otro.

Pero aunque ello no fuera así, es lo cierto que parece mucho más justo ver que los sacrificios, el esfuerzo y la convivencia comunes repercuten también en ambos patrimonios cuando por una u otra causa cesan. Nada de lo cual se da en el régimen de separación de bienes, a pesar de la previsión ingenua y bien intencionada del artículo 1.438, que ordena computar, como contribución a las cargas del matrimonio, el trabajo para la casa, lo que, al extinguirse, dará derecho a obtener una compensación fijada por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez. La enorme complejidad de los elementos y circunstancias que han de ser tenidos en cuenta para fijar la cuantía de la compensación nos tememos que la conviertan en puramente simbólica o, al menos, insuficiente.

Y aunque tal no sucediera, es indudable que el régimen de participación lleva en sí mismo una mayor dosis de equidad y se evitaría, pactándolo, que en la vida práctica tuviera que acudir al régimen de sepa-

(1) Con la reforma del artículo 95 del Código Civil, en base a una interpretación lógica, sistemática y teleológica, especialmente en relación con el 1.395, creemos que puede sostenerse: *a)* que en el régimen de participación puede optarse hacia la liquidación conforme al de gananciales, y *b)* que, en otro caso, hay pérdida de ganancias para el culpable.

ración, pocas veces realmente querido y sólo por las razones que están en la mente de todos, no siempre legítimas, concertado.

Con lo cual, además, se facilita el tráfico de bienes, soslayando las dificultades y obstáculos que presenta el de gananciales, que, por cierto, aparece más alejado del de participación de lo que un examen apresurado o superficial podría sugerir.

En nada se parece a éste durante su vigencia: el régimen de gananciales provoca la coexistencia de bienes privativos y comunes, no existiendo bienes gananciales, por el contrario, en el de participación.

Sólo al extinguirse se presentan algunas anomalías, circunscritas a sus resultados económicos, pues en este momento no surge en este último ninguna comunidad de bienes, sino un crédito a favor del cónyuge titular del patrimonio que haya experimentado menos o ninguna ganancia, sin perjuicio de que excepcionalmente, al amparo del artículo 1.432, puedan darse adjudicaciones de bienes concretos, según veremos en el apartado XII.

Constituye, por tanto, el régimen de participación una combinación equilibrada de los otros dos.

II. ADMINISTRACION, GOCE Y DISPOSICION DE LOS BIENES

Artículo 1.412: A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título.

Como vemos, este precepto atribuye a cada cónyuge la administración, el disfrute y la libre disposición de todos sus bienes, entendiendo por tales los que le pertenecían al contraer matrimonio y los adquiridos después por cualquier título.

Antes anticipábamos que es un precepto paralelo al artículo 1.437, que dispone, casi literalmente, lo mismo para el régimen de separación de bienes; pero hemos de advertir que es más impreciso aquél que éste, porque debió remitirse al momento inicial del régimen, no al de la celebración del matrimonio. Efectivamente, el régimen de participación puede iniciarse en un momento posterior, como ya sabemos, y es, por tanto, a este momento al que hay que remitirse: si antes regía, por ejemplo, el de gananciales, la ley no puede desconocer su anterior existencia; y así, con más propiedad, debió producirse el artículo comentado refiriéndose a la época del nacimiento del régimen y su entrada en vigor,

sea en el momento de aquella celebración o en otro ulterior, y en ambos, mediante el otorgamiento de capitulaciones. En el ejemplo utilizado, disuelta la sociedad de gananciales, es indudable que el patrimonio inicial de cada cónyuge está constituido por los bienes que ya tuvieron carácter privativo y por los que se le adjudiquen por consecuencia de la liquidación de aquélla.

Así lo reconocen, con mejor redacción, los artículos 1.418, número 1.º, y 1.421, párrafo 1.º

Pero los términos aparentemente absolutos que emplea el artículo 1.412 son después dulcificados por otros, según pasamos a ver.

A) ADMINISTRACIÓN

Corresponde ésta al titular de los bienes, es decir, a cada cónyuge la de aquellos que le pertenezcan con carácter exclusivo, y a ambos los que sean de los dos en régimen de comunidad ordinaria, o sea, en *pro indiviso* ordinario, que es la expresión que emplea el artículo 1.414.

Sin embargo, el artículo 1.416, ante la irregular administración que de sus bienes haga un cónyuge, confiere al otro la facultad de pedir la terminación del régimen cuando comprometa gravemente sus intereses. Con ello entraría en juego el artículo 1.435, número 3.º, surgiendo entre los cónyuges el de separación de bienes, salvo que convengan otro distinto. Por su parte, la correspondiente sentencia firme producirá correlativamente la extinción y consiguiente liquidación del régimen de participación.

B) DISFRUTE

Por aplicación del artículo 1.438, cuyos justos términos después analizaremos, el hecho de que cada cónyuge perciba e invierta los frutos de sus propios bienes, no le releva de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en la proporción pactada, y, en su defecto, en la que se deduzca de sus respectivos recursos económicos.

C) DISPOSICIÓN

Corresponde libremente al titular; pero en cuanto a sus efectos, al cesar el régimen, conviene distinguir, como lo hacen los artículos 1.423, 1.424 y 1.433, los dos siguientes grupos:

1.º Actos a título gratuito:

- Si fueron consentidos por el otro cónyuge, son firmes y definitivos, y quedan excluidos del patrimonio final, pero no del inicial, en su caso, como después veremos, los bienes a que aquellos actos se refieran.
- Si no lo fueron, dichos bienes se computan en el patrimonio final del donante, y, además, pueden ser impugnados por su cónyuge cuando no haya bienes suficientes para hacer efectivo su derecho de participación, con la sola exclusión de las liberalidades de uso.

2.º Actos a título oneroso:

- También se computan aquellos bienes en el patrimonio final del enajenante cuando se realizan tales actos en fraude de los derechos del otro, quien dispone de la misma acción para el propio supuesto de insuficiencia:
- No se da entrada a aquel consentimiento porque el acto a título oneroso, no fraudulento, no provoca disminución patrimonial, por consecuencia de la subrogación real, que la evita.

Todo lo que antecede, claro es, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 1.320 y 1.322, respecto a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, de autorización judicial, para los actos dispositivos de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque sean privativos, y respecto a las consecuencias derivadas de su falta u omisión.

III. REMISION A LAS NORMAS DEL DE SEPARACION DE BIENES

Artículo 1.413: en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.

Esa remisión nos obliga a realizar la determinación de los preceptos que han de considerarse incluidos en ella.

Por su propia índole y contenido, no es aplicable el artículo 1.435 que enumera los supuestos en que se da entre los cónyuges separación de bienes, lo que hace inútil cualquier otro comentario.

Sin necesidad de esta remisión y por aplicación directa de la Ley Hi-

potecaria y la de Registro Civil se conseguiría el mismo resultado que persigue el artículo 1.436, que ordena anotar la demanda de separación e inscribir la sentencia firme que la declare en el Registro de la Propiedad si recayere sobre bienes inmuebles, anotándose, además, dicha sentencia en el Registro Civil; por lo que hay que entenderlo perfectamente aplicable, al igual que a cualquier otro régimen.

No lo es, en cambio, el 1.437, porque tiene su paralelo en el 1.412, ya examinado.

El artículo 1.438 impone a los cónyuges contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales en la forma y cuantía convenidas, y, en su defecto, en proporción a sus respectivos recursos económicos, lo que, sin duda, ha de extenderse también al régimen de participación, máxime teniendo en cuenta que las disposiciones generales nada prevén al respecto (arts. 1.315 y siguientes).

Pero el resto del artículo 1.438 exige cierta aclaración al contemplarlo desde la perspectiva del régimen que nos ocupa, en cuanto ordena computar el trabajo para la casa como contribución a aquellas cargas, otorgando, al que lo realiza, derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, al extinguirse el régimen.

Dichos cómputo y compensación tienen plena justificación en el régimen de separación de bienes, como vehículo corrector de un resultado que ya resaltábamos: la economía en las cargas matrimoniales derivada de la prestación del trabajo en la propia casa y la disminución para el que lo realiza de sus posibilidades de incrementar su patrimonio. Precisamente creemos que el legislador ha dado entrada a esa compensación en el régimen de separación deslumbrado, tal vez, por la justicia estricta que impera en el que estudiamos, en el que, por lo mismo, van embebidas muchas compensaciones.

Pero en el de participación parece que no debe tener entrada ni lo uno ni lo otro, puesto que el artículo 1.438 está hablando de extinción del de separación y, en cambio, el artículo 1.413 está contemplando precisamente la vigencia del de participación. Este argumento ha de desecharse considerando que esa contribución, mediante el trabajo para la casa, se va produciendo día a día durante su vigencia y la compensación no puede fijarse sino cuando cesa, ya que el tiempo es determinante, aunque no el único, de la misma. Puede argumentarse también que si hay ganancias suficientes en el patrimonio deudor y alguna (poca o mucha) en el acreedor, en realidad deviene una operación innecesaria, porque, efectivamente, no hay inconveniente en que al otorgarse las capitulaciones se contemple el trabajo para la casa como contribución a las cargas matrimoniales; tampoco lo hay para que, en otro caso, el Juez así lo decrete fijando la compensación adecuada, pero constituiría, como decimos,

una operación innecesaria porque al haber de computarse su resultado en el patrimonio final del favorecido y, paralelamente, deducirse del mismo patrimonio perteneciente al otro cónyuge, aumenta y disminuye, respectivamente, las ganancias de cada uno, con lo que se compensan, mediante el mecanismo de participación recíproca que hemos llamado indirecta.

Solo tendría sentido si se estimase que la compensación opera al margen de aquel mecanismo, es decir, que si bien se deduce del patrimonio final del obligado no se incorpora al del perceptor ni repercute tampoco en la fijación del patrimonio inicial de cada uno, excluyéndose tal operación de la liquidación, lo cual sería totalmente injusto y pugnaría con la esencia misma del sistema de participación en ganancias (2).

Pero ¿y si tales ganancias no existen? Entonces sí cobra sentido la aplicación del artículo 1.438 en orden al cómputo y compensación aludidos.

Veamos un ejemplo: si cada cónyuge tiene un patrimonio inicial cifrado en 10 y, al extinguirse el régimen de participación, cada uno de ellos titula un patrimonio de 9, indudablemente el cónyuge que ha trabajado en y para la casa, las llamadas labores del hogar, resulta perjudicado si no obtiene la adecuada compensación.

Sólo, pues, si hay incrementos suficientes en el patrimonio deudor y alguno en el acreedor carece de razón de ser duplicar esa operación, aunque, de todos modos, es imprescindible fijar la cuantía de la compensación para calificar aquella suficiencia, salvo que sea patente.

De todo ello se deduce:

- Que los cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales.
- Que su cuantía o proporción puede establecerse en las Capitulaciones.
- Que, a falta de pacto, viene determinada por sus respectivos recursos económicos.
- Y que el trabajo para la casa se computa a aquellos efectos y da derecho a obtener compensación en la forma indicada.

De todos modos, claro está, en las Capitulaciones matrimoniales podrán establecerse normas al respecto, que harán innecesario para ese caso el artículo 1.438, por cuanto respeta lo que se acuerde, que hay que entender que se extiende a lo que se pacte en dichos Capítulos.

(2) No creemos pueda ponerse en duda la procedencia de esa deducción. El que no repercute tampoco en la fijación del patrimonio inicial de cada uno obedece a dos razones: que la compensación se obtiene en función de la permanencia del matrimonio, «ganándose» día a día, y que, en definitiva, constituiría una operación inútil.

Pasando ahora al artículo 1.439 lo consideramos aplicable porque, como ya dijimos, el régimen de participación durante su vigencia funciona como el de separación.

Ahora bien, si en las Capitulaciones se entrega la gestión y administración de determinados bienes o intereses por un cónyuge a otro, pactando que con sus frutos, y sólo con ellos, el que los perciba hará frente a las cargas matrimoniales por cuenta del otro, a éste no se le puede exigir otra, pero él, a su vez, sí puede pedir rendición de cuentas en el supuesto excepcional que contempla dicho artículo 1.439, sin perjuicio, además, de lo que dispone el 1.416 y de las demás acciones que puedan corresponderle como consecuencia del incumplimiento de lo pactado (art. 1.319).

En todos los demás casos será de plena aplicación.

Igualmente es aplicable al régimen de participación el 1.440, por virtud del cual cada cónyuge responde de sus propias obligaciones; y, en cuanto a las contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, responden, en primer lugar los bienes del cónyuge que las contrajo, y, subsidiariamente, los del otro.

En los dos supuestos regulados por estos dos últimos preceptos, queda a salvo lo que disponen el 1.438 ya aludido y el último párrafo del artículo 1.319.

El artículo 1.441 complementa la norma contenida en el 1.414:

- Según este último, innecesario por ser de sentido común, los bienes o derechos adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges en el régimen de participación, pertenecen a ambos en pro indiviso ordinario.
- Según el primero de ellos, cuando no sea posible acreditar la pertenencia de aquéllos a uno u otro de los cónyuges, corresponderán a ambos por mitad.
- Y, por tanto, por aplicación del 1.414, en este último supuesto, también les pertenecerán en pro indiviso ordinario.

Cualquiera que sea la postura que se adopte acerca de la aplicabilidad, o no, del artículo 1.393 al régimen de participación, cosa que después veremos, no creemos que puedan plantearse dudas acerca de la del artículo 1.442, incluido su último párrafo, aunque sólo en cuanto al supuesto de separación de hecho, ya que la judicial provoca la extinción de pleno derecho de este régimen: artículos 1.415 y 1.392-3.º.

Por último, sólo por vía indirecta o refleja puede repercutir en el régimen de participación el contenido de los artículos 1.443 y 1.444, lo que no requiere más explicaciones.

Aparte estas normas del régimen de separación, se contiene otra re-

misión en el que estudiamos, que es la del artículo 1.415, que después analizaremos. Pero, además, deben tenerse presentes las del capítulo I, que contiene las disposiciones generales, comunes a todos los regímenes económicomatrimoniales, si bien, si se examinan detenidamente, veremos que hay alguno no adaptable, o que sólo lo es con ciertas matizaciones: artículos 1.316, 1.319-2.º, 1.322 y 1.324. Así, conforme a este último, la confesión, aunque obligue al que la hace, no es una manera de acreditar la propiedad o titularidad de un bien o derecho, que, por aplicación de los artículos 1.414 y 1.441, pertenecerá, frente a herederos forzosos y acreedores, pro indiviso y por mitad a ambos cónyuges; entendiendo que no son necesarias más explicaciones respecto de los otros preceptos citados.

IV. REGIMEN DE LOS BIENES COMUNES

Artículo 1.414: si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario.

Dispone el artículo 1.414, como acabamos de ver, que si los cónyuges adquieren bienes conjuntamente, éstos les pertenecerán en pro indiviso ordinario, norma que, como dijimos, es innecesaria porque en este régimen no puede haber otros bienes comunes que los que se integren en una comunidad ordinaria, si con ello lo que se quiere decir es que queda excluida la posibilidad de existencia de bienes gananciales. Pero no se le puede dar más alcance porque, indudablemente, entre los cónyuges puede haber bienes comunes no sometidos a las normas de dicha comunidad ordinaria; por ejemplo, en una comunidad de propietarios de fincas constituidas en régimen de propiedad horizontal. Así, si compran conjuntamente un piso, éste les pertenecerá en régimen ordinario de comunidad; pero, si cada cónyuge adquiere uno, existirá entre ellos, como entre todos los comuneros, la comunidad de tipo germánico que toda propiedad horizontal conlleva respecto de los elementos comunes. Lo propio ocurrirá si compran un solar conjuntamente, edifican y extinguen aquella comunidad mediante la adjudicación entre ellos de los pisos resultantes.

Por otro lado, si al adquirir conjuntamente no se especifica la cuota de cada cónyuge, les pertenecerá por mitad, tal como ordena el artículo 393-2.º del Código.

Y, por último, si la titularidad de los bienes o derechos no se puede acreditar, corresponderá a ambos por mitad según dispone el artículo 1.441, ya examinado, por remisión del 1.413.

V. EXTINCION

Artículo 1.415: el régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395.

El artículo 1.415 lo declara extinguido en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales y ordena la observancia de lo que disponen los artículos 1.394 y el 1.395.

En consecuencia, de acuerdo con el 1.392, el régimen de participación, concluirá de pleno derecho:

- Cuando se disuelva el matrimonio.
- Cuando sea declarado nulo.
- Cuando se decrete la separación judicial de los cónyuges.
- Y cuando éstos pacten un régimen distinto.

Ahora bien, el artículo 1.393 y, por remisión, el artículo 1.373, ya no son tan claramente aplicables.

El primero de ellos declara concluida la sociedad de gananciales en los siguientes supuestos, por decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges: 1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores o condenado por abandono de familia. Basta para que el Juez la acuerde la presentación de la correspondiente resolución judicial; 2.º venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; 3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar; 4.º incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas.

Además, tiene un último párrafo que dice que, en cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo dispuesto especialmente en el Código, con lo que se está aludiendo y remitiendo al artículo 1.373, que, a su vez, otorga al otro cónyuge derecho a exigir que en la traba se sustituyan los bienes gananciales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, lo que llevará consigo la disolución de ésta; aplicándose (art. 1.374) el régimen de separación de bienes.

A la vista de estos preceptos puede plantearse el problema de si son o no aplicables al régimen de participación, como causas extintivas del mismo.

A favor operan las razones siguientes:

- Los términos absolutos que emplea el artículo 1.415.
- Consideraciones evidentes de justicia en algunas de aquellas causas.
- El hecho de que el artículo 1.394, expresamente invocado, comienza diciendo: «los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior...».
- Que en el artículo 1.393 lo que hace es sistematizar las restantes causas de disolución reconocidas en otros lugares del Código.

En contra pesan estas otras:

- Que el régimen de participación se produce durante su vigencia como el de separación, de tal modo que sus efectos naturales los despliega al extinguirse, por lo que, no existiendo bienes gananciales, no pueden surgir, en los casos contemplados por el artículo 1.393, los graves inconvenientes ni los peligros próximos que para el otro cónyuge suponen en el régimen de gananciales.
- Que el nuevo artículo 82 del Código recoge algunas de las causas contenidas en el 1.393, lo que, a la vista del 1.392, número 3.º, hace inútil la remisión.
- Que otras aparecen en otros lugares del Código: por ejemplo, el artículo 189.
- Que, en los supuestos de concurso y quiebra, por un lado los acreedores están a salvo (art. 1.442); por otro, encajan perfectamente en el artículo 1.416, que después examinaremos; además, en el orden práctico, debe tenerse presente que si el cónyuge presuntamente perjudicado pide la separación de bienes es cuando ciertamente se verá afectado, pues sus propias y solas ganancias, constituirán, en su caso, el único haber partible.
- Que la del número 2.º del repetido artículo 1.393 está ya prevista en el mismo artículo 1.416 antes citado.
- Que el número 4.º del artículo 1.393 tampoco puede ser tenido en cuenta porque a los cónyuges no se les impone el deber de información, que sólo rige en el de gananciales.
- Que el supuesto de embargo regulado por el artículo 1.373, por remisión del 1.393, último párrafo, no puede tampoco estimarse como causa de disolución del régimen de participación, sencillamente porque en él no existen bienes comunes, en el sentido de gananciales, en tanto que el patrimonio del

deudor es el único que responde, quedando a salvo el de su cónyuge, dándose, pues, una incompatibilidad de fondo.

La conclusión, por tanto, que extraemos de todo ello es que en el régimen de participación no rige el artículo 1.393, o, al menos, lo sería con tantas reservas y condicionantes, que, en realidad, lo harían inútil; con lo cual, además, quedaría justificada la remisión expresa al artículo 1.394, pues de entenderse aplicable el artículo 1.393, dados los términos del 1.394, éste, lógicamente, por «parecer» una norma complementaria de su precedente, no necesitaba ser invocado.

Por todo ello, la remisión al artículo 1.394 hay que entenderla en el sentido de que los efectos de la disolución prevista en el artículo 1.415 se producirán, en su caso, desde la fecha en que se acuerde y que, iniciada la tramitación del pleito, si se siguiere, sobre la concurrencia de la causa, se practicará el inventario y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración de los bienes incluidos en él, requiriéndose su licencia para los actos que excedan de la administración ordinaria.

La remisión expresa al artículo 1.395, a pesar de la aparente sencillez de éste y de encontrarla justificada, exige alguna aclaración, porque creemos que va a dar lugar a no pocas dudas y discusiones (3).

Dispone este precepto que se puede optar por la liquidación del régimen de gananciales según sus propias normas o bien por las relativas al régimen de participación, dándose los requisitos siguientes:

- Que el régimen se extinga por nulidad del matrimonio.
- Que uno de los cónyuges hubiese sido declarado de mala fe.
- Y que lo solicite, optando, el otro.

Queda, por tanto, aquélla excluida:

- Si la disolución proviene de otra causa.
- Si ambos cónyuges han procedido de mala fe.
- Si los dos han procedido de buena fe.

Las consecuencias que se generan son las siguientes:

- El inocente puede optar por la liquidación del régimen según las normas del de gananciales o por las del de participación.
- Y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

La razón del precepto se basa en que se quiere:

(3) Reiteramos las consideraciones ofrecidas en la primera de estas notas.

- Beneficiar al cónyuge de buena fe.
- Penalizar al de mala fe.

Pues bien, nótese, en primer lugar, cómo el artículo 1.395 habla sólo de ganancias, pero no de gananciales.

Esto supone para el cónyuge inocente:

- Que conserva su derecho a participar en las ganancias del otro, si opta por el de participación.
- Y que igualmente conserva el de percibir su mitad de gananciales, si la opción es la contraria.

Y respecto del culpable, paralelamente:

- Que pierde el de participación en ganancias.
- Que conserva su derecho a la mitad de gananciales.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esa pérdida? Creemos que no puede ser otro que el de presumir la inexistencia de incremento, aunque lo hubiere, en el patrimonio del inocente, de tal manera que la formalización del inventario respecto de éste no es, en principio, necesaria. Es decir, es como si entrara en juego el artículo 1.428, suponiendo la existencia de resultado positivo sólo en el patrimonio del de mala fe, en su caso.

Pero, aunque se entienda que no es así y que las ganancias del cónyuge de buena fe han de computarse en la operación final deduciéndose de las del otro, pero sin que éste participe en las de aquél en el supuesto de que éstas sean las de mayor entidad cuantitativa, no se comprende, de todas maneras, que el inocente opte por la aplicación de las normas del de gananciales, si entre ellos rige el de participación, porque, al no haber pérdida de gananciales para el culpable, con tal opción únicamente podría salir perjudicado, salvo en algún caso excepcional, que es el que justifica su aplicabilidad. Por ejemplo: si el inocente carece de bienes que hubieran de conceptuarse gananciales o los tiene en muy escasa cantidad y el culpable ha enajenado todo o gran parte de su patrimonio inicial, conservando tan sólo, o casi exclusivamente, bienes que tendrían aquel carácter ganancial por virtud de la opción de su cónyuge.

Al margen de ello, y como apuntábamos antes, de las dos posibles interpretaciones acerca del alcance de la pérdida de ganancias, nos inclinamos por entender que esta pérdida supone la entrada en juego del artículo 1.428, es decir, considerar que sólo hay ganancias, si efectivamente las hay, en el patrimonio del cónyuge de mala fe, de modo que, si no las hubiere y sí, en cambio, en el de buena fe, aquél no tiene ninguna participación en las de éste, quien las conserva íntegras; lo cual constituye un

argumento más para sostener la postura que adoptamos, porque ¿cuál sería la razón para mantener que, si el de mala fe tiene ganancias, superadas por las del de buena fe, aquél ha de participar en éstas siquiera sea por la vía que hemos llamado indirecta? ¿No es más razonable, lógico y justo que sea el inocente el que participe por vía directa, y sin consideración a sus propias ganancias, en las del culpable?

Veamos un ejemplo que será lo suficientemente gráfico y que expon-dremos, para simplificar, partiendo de la base de que los patrimonios iniciales de ambos cónyuges se conservan íntegros (sin que haya que actualizar sus valores por no darse las premisas que lo harían necesario) y que, por otra parte, ganancias y gananciales económicamente son una misma cosa, es decir, que el valor de éstos y la cuantía de aquéllas coinciden.

1.^a Interpretación: las ganancias del inocente se computan para determinar el haber partible.

Supongamos que el cónyuge de buena fe ha obtenido un incremento de 300.000 y el de mala fe de 2.700.000.

- Si opta por el régimen de gananciales, éstos ascenderán a 3.000.000, luego a cada cónyuge le corresponderían 1.500.000, que se harían efectivas mediante la adjudicación de bienes concretos, dinero o no.
- Si opta por el de participación, el resultado sería el mismo: 1.500.000 para cada cónyuge, que se harían efectivas para el inocente, en cuanto a sus 300.000, por vía de retención, y, en cuanto a las 1.200.000 (haber partible), por su abono en dinero (art. 1.431), lo que constituiría la única diferencia.

Esta interpretación es absurda porque ni habrá beneficio para el uno ni perjuicio para el otro.

Supongamos ahora que los incrementos han sido inversos: 2.700.000 y 300.000, respectivamente.

- Si la opción es hacia el de gananciales, se derivarían las mismas consecuencias del supuesto correlativo anterior.
- Si la opción es a favor del de participación, es cuando únicamente se produce aquel beneficio y consiguientemente perjuicio correlativo: el cónyuge de buena fe conservaría íntegras sus 2.700.000 y el de mala fe las suyas de 300.000, sin percibir éste las 1.200.000 que, en otro caso, le hubieran correspondido.

Pero con esta solución ¿qué castigo recibirá el culpable?: ¿acaso no participar en unas ganancias que de todas maneras no le corresponden por ser nulo el matrimonio y precisamente por su culpa...?

No es posible que esta interpretación se corresponda con los deseos del legislador.

2.^a Interpretación: las ganancias del inocente no se computan para determinar el haber partible:

- Prescindimos del supuesto de opción a favor del régimen de gananciales porque las soluciones serían idénticas a las de los de la 1.^a interpretación, que damos aquí por reproducidas.
- Si el inocente opta por la aplicación de las normas del régimen de participación y nos hallamos en el primer caso (él 300.000, el culpable 2.700.000), el haber partible serían 2.700.000, de las que le corresponderían la cantidad de 1.350.000 pagaderas en dinero y conservando íntegras sus 300.000.
- Si en el segundo caso es igual opción (el inocente 2.700.000, 300.000 el otro), el haber partible sería 300.000, es decir, 150.000 para cada uno, conservando el primero íntegras sus 2.700.000.

Ya adelantábamos que consideramos que esta segunda interpretación es la correcta: lo demuestran así no sólo las razones ya expuestas, sino también la propia redacción del artículo 1.395: «y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte»; pues ¿cuáles son esas ganancias?: bien claro nos lo dice el artículo 1.417: la diferencia entre los patrimonios inicial y final. Otra cosa es el haber partible, que es al que se refieren los artículos 1.427 y 1.428, que, por cierto, no hablan de ganancias, sino de incremento patrimonial.

Las razones expuestas se avalan aún más si existen deudas que, por razón de la opción, hayan de pesar sobre los bienes gananciales, de tal modo que el inocente aún saldría más perjudicado si su régimen era el de participación y optaba por la liquidación conforme a las normas del de gananciales.

Y si era éste y opta por el de participación, esta opción, de todas maneras, no puede perjudicar a los acreedores de la sociedad, aunque no haga salvedad alguna al respecto el artículo 1.395.

Obsérvese, por último, cómo el artículo 1.411 atribuye a cada cónyuge derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante todo el tiempo de vigencia del régimen. De no ser ésta la interpretación realmente querida, seguramente hubiera sido otra su redacción: atribuiría

ese derecho solo al cónyuge que hubiera visto menos incrementado su patrimonio, como hace el artículo 1.427; y es que, en efecto, la participación es recíproca y se lleva a cabo por las dos vías o caminos que ya hemos resaltado en repetidas ocasiones: la indirecta o compensatoria y la directa o activa. De modo que, a nuestro juicio, el Código distingue perfectamente ganancias por un lado y haber partible por otro: a las primeras se refieren los artículos 1.411 y 1.417; y al segundo los artículos 1.427 a 1.433, ambos inclusivos.

En resumen:

1.º La opción es siempre posible, sea el régimen original el de participación o el de gananciales.

2.º Si se ejercita en favor de este último no hay pérdida de gananciales.

3.º Si en favor del primero de ellos, hay pérdida de ganancias para el culpable en las dos vías, conforme a la segunda de las interpretaciones expuestas (3 bis).

VI. CAUSA ESPECIFICA DE EXTINCION

Artículo 1.416: podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses.

Como ya vimos este precepto está excluyendo la aplicabilidad del artículo 1.393, siendo así porque sobraría aquél a la vista del número 2.º de éste; es más, aun la propia remisión expresa al 1.394 también estaría de más si el legislador hubiera contemplado la aplicabilidad del repetido artículo 1.393 porque la del 1.394 surgiría por sí misma, en cuanto es un simple desarrollo del que le antecede, y cuya remisión está motivada, sin duda, por la causa que prevé este artículo 1.416, único caso, por tanto, en que entra en juego el artículo 1.394, además de los ya indicados del artículo 1.415.

De todos modos el artículo 1.415 debió producirse con mayor precisión, pues aún su misma colocación, anterior al precepto que ahora comentamos, sugiere la pregunta de si los artículos 1.394 y 1.395 son aplicables o no a la causa especial de disolución que aquél proclama. Evidentemente, no puede tomarse en consideración el derecho de opción que consagra el 1.395, que solo se aplica, como acabamos de ver, en los casos de declaración de nulidad del matrimonio. Pero ¿y en cuanto al 1.394?:

(3 bis) *Ibíd.*

nosotros nos inclinamos por la tesis afirmativa, porque las medidas y la licencia que ordena están más justificadas, si cabe, que en cualquier otra causa de disolución. Al fin y al cabo, la causa de disolución contenida en el artículo 1.416 corre paralelamente con la del número 2.º del artículo 1.393.

Por lo demás, nos remitimos a cuanto ya dejamos dicho anteriormente.

VII. DETERMINACION DE LAS GANANCIAS

Artículo 1.417: producida la extinción se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Dice el artículo 1.417 que las ganancias de cada cónyuge se determinarán por la diferencia entre su patrimonio inicial y final, precepto innecesario porque su contenido se deduce sin margen de duda del de los artículos siguientes.

En este momento, extinguido ya el régimen, es cuando presenta alguna analogía con el de gananciales, según exponíamos al principio. Pero esta analogía es en muchos aspectos más aparente que real.

En la sociedad de gananciales los avatares que sufran los bienes que integran el patrimonio privativo de los cónyuges, equivalente al inicial del régimen de participación, no repercuten para nada en la liquidación del régimen (4).

En cambio, en el de participación, los que sufran los bienes que componen el patrimonio inicial, equivalente, a su vez, al privativo de cada cónyuge en el de gananciales, repercute en el resultado final por cuanto dichos bienes se traducen en unas cifras en dinero, actualizadas e inmovibles, que, al deducirse del patrimonio final, aumentan las ganancias, si se conservan los mismos bienes o su equivalente y han aumentado su valor por cualquier causa, y las reducen en otro caso.

Pero las ganancias así determinadas no constituyen el haber partible, sino que éste viene fijado por la diferencia entre las del uno y las del otro, porque en cuanto a la cantidad concurrente la participación recíproca se produce por vía de compensación, a salvo lo dispuesto por el artículo 1.395.

(4) Nos referimos, naturalmente, a los bienes en sí mismos, no a sus frutos ni a la repercusión que en éstos puedan tener tales avatares.

VIII. PATRIMONIO INICIAL

Artículo 1.418: se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge:

1.º *Por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen.*

2.º *Por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado.*

Artículo 1.419: se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados.

Artículo 1.420: si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial.

Artículo 1.421: los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado.

Decíamos antes que el patrimonio inicial está constituido por una cifra, en dinero, inamovible. Con ello queremos decir que en él no se producen más alteraciones que las derivadas: por una parte, de su incremento como consecuencia de las herencias, legados y donaciones que después reciba su titular, porque las cargas impuestas por el testador o donante no disminuyen aquella cifra, desde el momento en que no pueden deducirse sino en cuanto no excedan de los bienes en cuestión; y de otra, de su actualización conforme al artículo 1.421. Por ello el artículo 1.418 no es muy preciso, porque debió remitirse al valor de los bienes o derechos y no a éstos mismos.

Para determinar el patrimonio inicial, hay que fijar el activo, valorarlo y deducir el pasivo.

A) Activo

Está constituido por:

- 1.º Los bienes y derechos, o mejor, su valor, que le pertenecieran al comenzar el régimen.
- 2.º Los adquiridos después a título de herencia, legado o donación, o mejor también, su valor.

Aunque en teoría no sería necesario describir los del primer grupo al otorgarse las Capitulaciones matrimoniales, bastando expresar su valor, conforme a lo que llevamos dicho, sin embargo, esa descripción deviene imprescindible para evitar la entrada en juego de la atribución que hace el artículo 1.441 y también para evitar fraudes o supervaloraciones.

Respecto de los adquiridos después, el título adquisitivo nos revelará la procedencia de su inclusión en el patrimonio inicial.

Sin duda es aplicable, con las convenientes adaptaciones, el artículo 1.324, pero no siempre podrá acudir a él debido a las previsiones contrarias que establece.

Por todo ello, se hace muy conveniente en este régimen esmerarse en tener una adecuada documentación.

B) PASIVO

Correlativamente está integrado, a su vez, por:

- 1.º Las deudas y obligaciones pendientes al empezar el régimen, que, por las mismas razones anteriores, han de recogerse adecuadamente en los susodichos Capítulos.
- 2.º Las sucesorias y las cargas impuestas al donatario o legatario.

En el caso 1.º el único límite existente se deriva del importe pendiente de las obligaciones al empezar el régimen, pues sólo se deducen en cuanto aún no estén satisfechas en el momento de la entrada en vigor del régimen, como es natural.

En el 2.º, el límite se encuentra en el propio valor de los bienes heredados, legados o donados, pues el precepto en cuestión, con defectuosa expresión, sólo las considera deducibles en cuanto «no excedan de los bienes heredados o donados», pues debió referirse, como hemos hecho nosotros, al «valor» e incluir los «legados», para mantener la correlación.

C) FIJACIÓN DEL PATRIMONIO INICIAL

Como dice el artículo 1.420, si el pasivo es superior al activo no hay patrimonio inicial.

Implícitamente declara que, en otro caso, la diferencia entre uno y otro es la que lo constituye.

Y aquí se produce una importante diferencia con el patrimonio final, pues así como en éste sólo se toman en consideración los bienes y derechos

realmente existentes al extinguirse el régimen, incrementados, en su caso, con los que expresan los artículos 1.423 y 1.424, en el patrimonio inicial, por el contrario, han de computarse todos los que cada cónyuge tuviera al empezar así como los adquiridos después por herencia, legado o donación, existan o no, se conserven o no, al concluir el régimen, de tal manera que sólo se repartirán, en su día, las ganancias o aumentos realmente experimentados por cada patrimonio.

Por supuesto que tampoco hay patrimonio inicial cuando activo y pasivo son iguales (5).

En ambos casos (pasivo y activo iguales o aquél superior a éste) la norma es de estricta justicia (patrimonio inicial igual a cero) porque las deudas en cuestión o se pagan durante la vigencia del régimen o se han de deducir, en cuanto a la parte no satisfecha, del patrimonio final conforme al artículo 1.422, de tal modo que siempre quedan enjugadas en las operaciones correspondientes, salvo, como veremos después, las que excedan del valor de los bienes heredados, donados o legados con posterioridad al comienzo del régimen, que, en cuanto al exceso, no se computan ni en el inicial ni en el final.

D) VALORACIÓN DE SUS ELEMENTOS

Las deudas y cargas han de computarse por su importe, es decir, principal e intereses devengados, en su caso, uno y otros pendientes, es decir, en la parte aún no satisfecha al comenzar el régimen.

Según el artículo 1.421, los bienes del grupo 1.º del artículo 1.418 se han de estimar según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen, estimación que deberá recogerse en las Capitulaciones matrimoniales.

En cambio, los del grupo 2.º, que, por definición, no pueden figurar en ellas, lo han de ser según el estado y valor que tuvieran al tiempo de su adquisición.

En ambos casos, el importe de la estimación ha de actualizarse al tiempo de proceder a la liquidación del régimen y con referencia al día de producirse su extinción, con lo que indudablemente se intenta evitar que la depreciación de la moneda se convierta en ganancias. Es decir, se prescinde por completo del estado y valor de los bienes al producirse la extinción del régimen, de tal modo que, si ha habido en ellos mejoras, plusvalías, etc., éstas se reflejarán en el patrimonio final y constituirán ganancias; y si ha habido pérdidas, deterioros, etc., éstos se computarán

(5) Esto nos parece de una evidencia aplastante, lo que es causa de que no argumentemos sobre ello en el texto, a pesar de su trascendencia. Lo propio ocurre con lo que se consigna en el párrafo que sigue al anotado.

también en el patrimonio final y disminuirán las ganancias. Se trata, pues, en el inicial, de una cifra contable que se actualiza en sí misma de acuerdo con el poder adquisitivo del dinero, para lo que sin duda serán muy útiles los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística.

Creemos, además, que no hay inconveniente en establecer en los Capítulos un criterio o cláusula de actualización referidos al importe o valor de los bienes o derechos, de uno y otro grupos.

IX. PATRIMONIO FINAL

Artículo 1.422: el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas.

Artículo 1.423: se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.

Artículo 1.424: la misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro.

Artículo 1.425: los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieren en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.

A) ACTIVO

Su composición la trata el artículo 1.422, ordenando que se recojan en él todos y cada uno de los bienes y derechos del cónyuge en cuestión que existan al concluir el régimen, figuren o no en el patrimonio inicial, aunque, en realidad, lo que tiene verdadera trascendencia en uno y otro, como reiteradamente hemos resaltado, es su valor; lo que ocurre es que para llegar a éste ha de procederse a la formalización del oportuno inventario.

Por imperativo de los artículos 1.423 y 1.424, no son, sin embargo, esos bienes y derechos los únicos que han de computarse, sino también los siguientes:

- El valor de aquéllos de que se hubiere dispuesto a título gratuito sin consentimiento del otro cónyuge, salvo las liberalidades de uso.

— Y el de los enajenados a título oneroso en fraude del derecho del consorte.

Ni en el artículo 1.424 ni en el 1.433 se habla de actos a título oneroso, sino sólo de actos fraudulentos, sin ningún otro adjetivo, y, sin embargo, que han de ser de aquel tipo se deduce de una interpretación sistemática, cuando no de la aplicación de la teoría de los actos propios, porque, en otro caso, la referencia aparte a los actos gratuitos consentidos sobraba, desde el momento en que no habría consentimiento si mediaba violencia, error, dolo, etc. El consentimiento, si existe, equivale a una codisposición o, si se prefiere, a una renuncia a su derecho expectante realizada por el cónyuge del donante.

La ulterior revocación de la donación enervará los efectos, igualmente, de ese consentimiento.

Pero si los bienes donados, no mediando ese consentimiento, o los enajenados fraudulentamente, se recuperasen, pese a ello, conservará todo su valor y eficacia lo que dispone el artículo 1.425, previa deducción del valor de lo recuperado.

B) PASIVO

De una manera un tanto lacónica se refiere a él también el artículo 1.422 cuando obliga a deducir del activo las obligaciones todavía no satisfechas.

Esta última expresión no nos parece completa, por las siguientes razones:

1.^a Que de la misma manera que el artículo 1.419 sólo permite deducir las cargas y obligaciones derivadas de la herencia, legado o donación en cuanto no excedan del valor de los bienes heredados, legados o donados, el artículo 1.422 debiera haber ordenado su deducción del patrimonio final en la misma medida.

Veamos un ejemplo que quizá sea más gráfico que las palabras que podamos emplear:

Primera interpretación: las deudas aludidas se deducen íntegramente en el patrimonio final.

Un cónyuge, al iniciarse el régimen, posee un piso valorado en 9.000.000; después hereda bienes por valor de 2.000.000, con cargas que se elevan a 5.000.000; al extinguirse el régimen ha ganado con su trabajo personal 7.000.000, subsistiendo la deuda de 5.000.000.

La liquidación a realizar seguiría el siguiente curso:

Patrimonio inicial: 9.000.000 (piso) más 2.000.000 (herencia) menos 2.000.000 (cargas) igual a 9.000.000.

Patrimonio final: 9.000.000 (piso) más 2.000.000 (herencia) menos 5.000.000 (cargas) más 7.000.000 (aumento) igual a 13.000.000.

Diferencia o haber partible igual a 4.000.000. Cada cónyuge, por tanto, percibiría 2.000.000.

Hemos partido de la base de que no hay necesidad de actualizar valores y de que el otro cónyuge carece de patrimonio, para simplificar el ejemplo.

Segunda interpretación: las deudas aludidas sólo se deducen en el patrimonio final en cuanto no excedan del valor de los bienes donados, legados o heredados.

Sobre la base de los mismos datos el resultado sería el siguiente:

Patrimonio inicial: el mismo, o sea 9.000.000.

Patrimonio final: 9.000.000 (piso) más 2.000.000 (herencia) menos 2.000.000 (sus cargas) más 7.000.000 (aumento) igual a 16.000.000.

Diferencia o haber partible: 16.000.000 menos 9.000.000 igual a 7.000.000, es decir, cada cónyuge: 3.500.000.

Sin duda esto es lo que ha querido la Ley, porque lo contrario implicaría reducir las ganancias del otro cónyuge, sin razón alguna para ello.

2.^a Que, paralelamente, a lo que permite y dispone el artículo 1.423 debió admitirse que el cónyuge perjudicado consienta que el otro acepte esa herencia, legado o donación con esas cargas u obligaciones, incluso en cuanto excedan del valor de los bienes, en cuyo caso se deducirían del patrimonio inicial sólo en cuanto no excedan de este valor e íntegramente del final, con el fin de que no constituyeran ganancias, por virtud de aquel consentimiento.

De acuerdo con el mismo ejemplo anterior, tendríamos:

Patrimonio inicial: como los anteriores, 9.000.000.

Patrimonio final: como el de la primera interpretación: 13.000.000.

Diferencia o haber partible: 4.000.000, es decir, cada cónyuge, 2.000.000.

No hacerlo así supondría reducir el patrimonio inicial a 6.000.000, con el consiguiente aumento del haber partible a 7.000.000, o sea, cada cónyuge, 3.500.000, lo cual sería de todo punto absurdo porque anularía las consecuencias de ese consentimiento.

C) FIJACIÓN DEL PATRIMONIO FINAL

Por consiguiente, éste queda constituido por la diferencia entre activo y pasivo, calculados del modo que acabamos de ver; lo que no requiere más comentarios.

D) VALORACIÓN DE SUS ELEMENTOS

Las deudas y cargas han de computarse por su importe, es decir, principal e intereses devengados, en su caso, en el momento de la extinción del régimen, en cuanto no estuvieran uno y otros satisfechos.

Por lo que respecta a los bienes y derechos que componen el activo, hay que distinguir, con el artículo 1.425, dos grupos:

- Los que existan en el momento de la extinción del régimen, que han de estimarse por el estado en que se encuentren y por su valor en aquel momento.
- Los adicionados de acuerdo con los artículos 1.423 y 1.424, para cuya estimación ha de atenderse al estado que tenían al enajenarse y por el valor que tendrían al producirse aquella extinción del régimen, si se hubieran conservado.

La fórmula utilizada por el artículo 1.425 no es, a nuestro juicio, muy afortunada.

Como es la misma para los actos a título gratuito (hay que entender que sólo los verificados sin consentimiento del otro cónyuge: primera imprecisión) que para los fraudulentos (de carácter oneroso: segunda imprecisión) vamos a poner varios ejemplos para ver de desentrañar esas dos expresiones: estado que tenían los bienes el día de la enajenación y valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.

1.º Donación de 1.000.000, en dinero: en cuanto al «estado», no hay problemas, pero sí en cuanto al «valor», pues, si se hubiesen «conservado», la cantidad sería la misma: 1.000.000, lo cual no tiene sentido, por lo que creemos que ha de resolverse acudiendo al sistema de actualización de su poder adquisitivo, al modo como lo hace para las deudas el párrafo 2.º del artículo 1.421. De otro modo se produciría, sin razón alguna, un grave desequilibrio con respecto al ejemplo siguiente, cuyos resultados deben ser idénticos.

2.º Donación de un coche valorado en 1.000.000 al tiempo de aquella: por «estado» ha de entenderse un coche de iguales marca, antigüedad y características y por «valor» el que corresponda a ese «estado» en el momento de la extinción del régimen.

De lo dicho se deduce que no han de tomarse en cuenta las alteraciones que el tiempo o las circunstancias produzcan en los bienes, de modo que ni las plusvalías, ni las mejoras, ni los deterioros, ni los menoscabos han de sumarse o restarse del valor, cualquiera que sea su origen, voluntario o involuntario. Es como si se hubiese dispuesto de

ellos a título oneroso y sin fraude y su valor, actualizado en la forma indicada, hubiera ingresado en su patrimonio en sustitución de ellos.

X. CREDITOS ENTRE CONYUGES

Artículo 1.426: los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor.

Establece el artículo 1.426 una previsión referida sólo al patrimonio final que, por innecesaria, puede hacer pensar que no rige respecto del inicial; y, sin embargo ni es ni puede ser así: los créditos que antes de la entrada en vigor del régimen tuviere uno contra el otro, han de computarse en el patrimonio inicial del acreedor y deducirse del también inicial del deudor, por aplicación, respectivamente, de los artículos 1.418 y 1.419.

La parte aún no satisfecha de esos créditos al extinguirse el régimen se ha de deducir, asimismo, del patrimonio final del deudor e incluirse en el activo del patrimonio final del cónyuge acreedor, de acuerdo con el artículo 1.422 y el propio 1.426.

Los créditos surgidos durante la vigencia del régimen que subsistan en todo o en parte al extinguirse, han de computarse, en cuanto a la cantidad pendiente, en el activo del patrimonio final del cónyuge acreedor y deducirse paralelamente del patrimonio final del cónyuge deudor.

Así lo dispone dicho artículo 1.426.

Y, en todos los casos, procede ello, cualquiera que sea el título que los haya originado, como precisa el último de los artículos citados.

XI. EL HABER PARTIBLE Y EL DERECHO DE PARTICIPACION

Artículo 1.427: cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.

Artículo 1.428: cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento.

Artículo 1.429: al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores, pero

deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

Artículo 1.430: no podrá convenirse una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes.

Fijado en dinero, previo inventario, el valor del patrimonio final y el del inicial, éste se deduce de aquél y la diferencia positiva, si la hay, integra las ganancias del cónyuge de que se trate. Si ambos arrojan igual valor o la diferencia es negativa, no hay ganancias para ese cónyuge.

Calculadas de la misma manera las ganancias del otro, la diferencia entre unas y otras constituye el haber partible.

Si uno de ellos no las hubiese obtenido, por no ser aquel saldo positivo, el haber partible lo constituirán todas las del otro.

Esta es la doctrina recogida implícita y explícitamente por los artículos 1.427 y 1.428.

En cuanto al derecho de participación, se consagran por los artículos 1.427, 1.428 y 1.429, una regla general y una excepción.

A) REGLA GENERAL

El derecho de participación, normalmente, consiste en la mitad del haber partible determinado como acabamos de ver, y, por tanto, en los siguientes casos:

- El del artículo 1.395, es decir, cuando el cónyuge inocente, casado bajo el régimen legal de gananciales, opte por las normas liquidatorias del de participación.
- Cuando por pacto así se establezca en Capitulaciones.
- Y cuando en éstas nada se diga al respecto.

B) EXCEPCIÓN

La establece el artículo 1.429 que permite que en las Capitulaciones se pacte una participación distinta, es decir, no consistente en el 50 por 100, mediante la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que no existan, al constituirse el régimen, descendientes no comunes, según exige el artículo 1.430, lo que seguramente obedece a la intención de evitar perjuicios a éstos.
- Que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges: es decir, no

puede pactarse para un cónyuge un tanto por ciento y otro para su consorte; pero sí puede pactarse, por ejemplo, un 40 por 100 para el cónyuge, cualquiera que éste resulte ser, que experimente menor incremento en su patrimonio, perteneciendo la diferencia al otro.

- Que esa participación realmente exista: así no se puede pactar que el cónyuge cuyo patrimonio experimente mayor incremento perciba el 100 por 100 de sus ganancias; porque ello supondría la existencia, no de un régimen de participación, sino del de separación (art. 1.437).

Ahora bien, ¿puede establecerse en Capitulaciones ese 100 por 100 de participación en ganancias para algún supuesto excepcional, por ejemplo, en favor de uno de los cónyuges cuando el otro diere lugar al divorcio, a la separación, incurriere en abandono de familia o en causa de desheredación o indignidad, etc.?

En principio, no dudamos de la licitud de ese pacto. La propia Ley concede esa participación al cien por cien, bien que referida al propio patrimonio, a las propias ganancias, en el caso de opción contemplado por el artículo 1.395, en el que, recordamos, el cónyuge culpable pierde el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el inocente.

Pero, por analogía, creemos que no se pueden superar los límites que en dicho artículo 1.395 se recogen, es decir, que puede pactarse, para aquellos supuestos excepcionales, que el inocente conserve íntegras sus ganancias, sin dar entrada en ellas al culpable ni por vía directa ni por vía indirecta, o sea, liquidando el régimen como si el inocente careciera de ganancias, pero sin que, a su vez, pueda participar en las ganancias del culpable, que constituirían todo el haber partible, sino en cuanto a su mitad. Todo ello, de acuerdo con cuanto dijimos al comentar aquel precepto.

XII. MODOS DE HACER EFECTIVO EL DERECHO DE PARTICIPACION

Artículo 1.431: el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados.

Artículo 1.432: el crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor.

A) REGLA GENERAL

Ha de ser satisfecho el crédito resultante en dinero y de modo inmediato: artículo 1.431; a salvo, aunque no lo diga este precepto, que los interesados acuerden otra cosa.

B) EXCEPCIONES

Son dos: una de ellas afecta a la forma de pago (dinero) y la otra al tiempo del pago (inmediatamente), recogidas, respectivamente, en los artículos 1.432 y 1.431.

El primero de ellos permite la adjudicación de bienes concretos para el pago en dos casos:

- Acuerdo entre los interesados.
- Acuerdo del Juez a petición fundada del deudor.

La razón de que, a falta de acuerdo, sólo se conceda al deudor la facultad de pedirlo fundadamente al Juez, radica en que sólo este cónyuge, sin beneficio para el otro, sufriría el perjuicio que pudiera derivarse de una venta apresurada de bienes para hacer efectivo el derecho de participación de forma inmediata.

El segundo de ellos permite el aplazamiento del pago, si los cónyuges, naturalmente, no se ponen de acuerdo en ese sentido, siempre que concurran estos requisitos:

- 1.º Que mediaren dificultades graves para el pago inmediato, libremente apreciadas por el Juez.
- 2.º Señalamiento del plazo por el Juez.
- 3.º Que éste no exceda de tres años.
- 4.º Y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados a juicio del propio Juez.

Al no decirse nada en contrario, a diferencia de lo que hace el artículo 1.432, hay que entender que la facultad de solicitarlo corresponde a ambos cónyuges, acreedor y deudor.

Por otro lado, el Juez habrá de atender a las circunstancias de cada cónyuge para la determinación concreta del plazo a conceder y demás particularidades del pago.

XIII. INEXISTENCIA O INSUFICIENCIA DE BIENES EN EL PATRIMONIO DEUDOR

Artículo 1.433: si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquéllas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos.

Artículo 1.434: las acciones de impugnación a que se refiere el artículo anterior caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Ya sabemos que los artículos 1.423 y 1.424 ordenan que en el patrimonio final (y, por supuesto en el inicial, en su caso: artículo 1.418-2.º) ha de incluirse el valor de los bienes enajenados por los cónyuges dándose las circunstancias que expresan.

Tal incorporación, por consiguiente, se extiende al valor de todos los bienes y derechos que habrían sido incluidos en el patrimonio final si no hubieran mediado tales actos.

Se trata de una norma dirigida a evitar que, mediante ellos, se disminuyan las ganancias de un cónyuge en perjuicio del otro, por lo que repercutirían, si no fuera así, en el haber partible.

Complementaria de esta previsión es la posibilidad de impugnación de los mismos actos que se concede al otro cónyuge por el artículo 1.433, que, con el 1.434, señala los perfiles del derecho en cuestión, exigiendo:

- Que no haya bienes en el patrimonio del deudor para hacer efectivo el derecho del otro, debiéndose entender que basta que no sean suficientes los existentes.
- Que la acción se ejercite dentro de los dos años siguientes a la extinción del régimen, momento que viene fijado por los artículos 1.392, 1.416 y 1.394.

Se trata de un supuesto de caducidad, no de prescripción, que, como tal, no admite interrupción y se produce por el mero transcurso del plazo sin que se hubiere ejercitado la acción.

Y, por otro lado, sus efectos no alcanzan a los adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Esto obliga, para evitar que surjan, a raíz de su ejercicio, esos terceros, a anotar la demanda en el correspondiente Registro, en su caso.

XIV. CONCLUSIONES

1.^a La reforma del Código Civil debe hacerse de una manera global, y no a trozos, que, a veces, no guardan la debida correspondencia.

2.^a La que parcialmente hemos estudiado tiene defectuosa redacción y presenta lagunas e imperfecciones, al lado de preceptos innecesarios que más parecen haber sido incluidos para «rellenar» y evitar el deprimente «suprimido», que para resolver dudas o completar una adecuada regulación.

3.^a Pese a todo hay que augurar un buen porvenir al régimen de participación por las ventajas que presenta frente a los otros dos regulados por el Código, soslayando los inconvenientes que para el tráfico jurídico significa el de gananciales y evitando que los cónyuges hayan de acudir al de separación para ello, cuando, realmente, no sea en sí mismo querido.

4.^a Las Capitulaciones deben ser lo suficientemente explícitas y claras para resolver todas las dudas que puedan plantearse y a cuya disipación hemos intentado contribuir con este modesto trabajo.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE
Registrador de la Propiedad